

# 君合专题研究报告



2023年3月27日

## 最新《禁止垄断协议规定》和《经营者集中审查规定》若干条款的观察解析 - 落地的第一只靴子

### 前言

2023年3月24日（公告文本日期为2023年3月10日），国家市场监督管理总局（以下简称“**市场监管总局**”）正式发布《经营者集中审查规定》《禁止垄断协议规定》《禁止滥用市场支配地位行为规定》《禁止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》等四部反垄断法配套规定，上述规定将于2023年4月15日正式生效。

自2022年6月27日市场监管总局发布六部配套规定<sup>1</sup>的征求意见稿以来，新规何时正式出台一直受到广泛关注。如今，其中四部终于尘埃落定。与征求意见稿相比，市场监管总局在正式出台的规定中对部分受到广泛关注的内容作出进一步补充、调整或删除。囿于篇幅所限，本文谨摘取《禁止垄断协议规定》和《经营者集中审查规定》中若干核心条款进行简析，以期为企业更好地理解并遵循相关规定提供指引。

### 删除征求意见稿中纵向垄断协议安全港的具

### 体规则，安全港制度暂时回归原点

《禁止垄断协议规定》征求意见稿中关于纵向垄断协议安全港的细化规则可谓整部规定中最受关注的条款之一，发布后在各界引起了强烈反响与讨论。该条款的征求意见稿的热议点可总结为如下三点：一，未明确纵向价格垄断协议是否可以适用安全港；二，15%的市场份额门槛是否合理，由于其显著低于国务院反垄断委员会《关于汽车业的反垄断指南》（“汽车指南”）中所设置的30%份额门槛，是否可能因不同规则的适用而导致企业的困扰；三，安全港的适用程序如何确定。考虑到安全港本身具有集体豁免的性质，征求意见稿中要求经营者主动向执法机构提交适用安全港规定的证明材料的规定可能有悖集体豁免规则的自然适用性质，而经营者应在何种情形下进行该等“自证清白”的申请，也同样在实践操作中困难重重。

正式出台的规定中对相关条款作出了如下大幅简化：

<sup>1</sup>另两部尚未正式出台的规定为《禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为规定》和《国务院关于经营者集中申报标准的规定》。

《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》	《禁止垄断协议规定》
<p><b>第十五条</b></p> <p>经营者与交易相对人之间达成协议，经营者能够证明符合下列条件，不予禁止：</p> <p>（一）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于 15%，国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定；</p> <p>（二）无相反证据证明其排除、限制竞争。</p> <p>前款经营者、交易相对人在相关市场的市场份额的计算，应包括其控制或者施加决定性影响的其他实体在相关市场中的市场份额之和。</p> <p>前款控制和决定性影响，是指经营者直接或间接、单独或共同对其他经营者的生产经营活动或者重大决策具有或者可能具有决定性影响的权利或实际状态。</p> <p>交易相对人为多个的，在同一相关市场的市场份额应合并计算。</p>	<p><b>第十七条</b></p> <p>经营者与交易相对人之间达成协议，经营者能够证明符合下列条件参与协议的经营者在相关市场的市场份额低于市场监管总局规定的标准，并符合市场监管总局规定的其他条件的，不予禁止。</p> <p><del>（一）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于 15%，国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定；</del></p> <p><del>（二）无相反证据证明其排除、限制竞争。</del></p> <p><del>前款经营者、交易相对人在相关市场的市场份额的计算，应包括其控制或者施加决定性影响的其他实体在相关市场中的市场份额之和。</del></p> <p><del>前款控制和决定性影响，是指经营者直接或间接、单独或共同对其他经营者的生产经营活动或者重大决策具有或者可能具有决定性影响的权利或实际状态。</del></p> <p><del>交易相对人为多个的，在同一相关市场的市场份额应合并计算。</del></p>
<p><b>第十六条</b></p> <p>经营者可以向反垄断执法机构提交书面申请，证明其符合本规定第十五条规定。申请书应当载明下列事项：</p> <p>（一）经营者与交易相对人在相关市场的经营状况及股权关系；</p> <p>（二）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额及计算依据；</p> <p>（三）协议在相关市场不会排除、限制竞争；</p> <p>（四）其他需要说明的内容。</p> <p>经营者应当对提交申请、资料的真实性负责。</p> <p>反垄断执法机构经调查核实，认为符合本规定第十五条规定的，未立案的，可以决定不予立案调查，已经立案的，可以决定终止调查，并制作终止调查决定书。</p> <p>反垄断执法机构调查核实过程中，可以征求第三方及社会公众意见。</p>	<p><b>第十六条</b></p> <p>经营者可以向反垄断执法机构提交书面申请，证明其符合本规定第十五条规定。申请书应当载明下列事项：</p> <p><del>（一）经营者与交易相对人在相关市场的经营状况及股权关系；</del></p> <p><del>（二）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额及计算依据；</del></p> <p><del>（三）协议在相关市场不会排除、限制竞争；</del></p> <p><del>（四）其他需要说明的内容。</del></p> <p><del>经营者应当对提交申请、资料的真实性负责。</del></p> <p><del>反垄断执法机构经调查核实，认为符合本规定第十五条规定的，未立案的，可以决定不予立案调查，已经立案的，可以决定终止调查，并制作终止调查决定书。</del></p> <p><del>反垄断执法机构调查核实过程中，可以征求第三方及社会公众意见。</del></p>

一方面，正式出台的规定中删除了征求意见稿中所设置的 15% 的市场份额门槛，以及关于市场份额计算和控制权判断的指引内容，而是整体赋予了市场监管总局确定市场份额标准及其他条件的权力。另一方面，正式出台的规定中整体删除了征求意见稿中新增的第十六条经营者需向执法机构提交申请以取得豁免的程序性规定。

考虑到自征求意见稿发布至规定正式出台之间的时间有限，而安全港的适用仍存在较多有待梳理的实体性和程序性问题，市场监管总局目前选择及时发布配套规定，暂缓制定安全港适用细则，保留执法机构的裁量权，务实且顺应形势。安全港规则未来具体将适用于何种纵向垄断协议、以何种标准得以使用，尚待市场监管总局在未来的执法实践中进一步探索和明确。同时，这也意味着，新规生

效后，企业纵向垄断协议行为的合规边界仍需基本延续现有实践，即，纵向价格限制行为仍属于高风险行为，纵向非价格限制行为仍可参考汽车指南中确定的安全港规则。

### 实质性调整轴幅协议的认定标准，更偏向于客观判断标准

2022 年 8 月 1 日生效的《反垄断法》修正案新增第十九条，首次明确了经营者组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的法律后果，即“轴幅协议”的违法性。而在《禁止垄断协议规定》的征求意见稿中，也配套新增了关于轴幅协议的认定规则，即，何为“组织”达成垄断协议以及为达成垄断协议“提供实质性帮助”。值得注意的是，与征求意见稿相比，正式

出台的《禁止垄断协议规定》中对于“组织”和“实质性帮助”的定义作出了进一步调整：

《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》	《禁止垄断协议规定》
<p><b>第十七条</b></p> <p>经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。</p> <p>本条所称组织，是指下列情形：</p> <p>（一）经营者虽不属于垄断协议的协议方，但在垄断协议达成或者实施过程中，对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用；</p> <p>（二）经营者与多个交易相对人签订协议，故意使具有竞争关系的交易相对人之间通过该经营者进行意思联络或者信息交流，达成本规定第八条至第十二条垄断协议的。</p> <p>本条所称实质性帮助，是指经营者虽未从事前款规定的组织行为，但对垄断协议达成或者实施提供支持，且与排除、限制竞争具有因果关系并且作用显著的行为。</p>	<p><b>第十八条</b></p> <p><del>经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。</del></p> <p><del>本条所称组织，是指反垄法第十九条规定的经营者组织其他经营者达成垄断协议，包括下列情形：</del></p> <p>（一）经营者虽不属于垄断协议的协议方，但在垄断协议达成或者实施过程中，对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用；</p> <p>（二）经营者与多个交易相对人签订协议，<del>故意</del>使具有竞争关系的交易相对人之间通过该经营者进行意思联络或者信息交流，达成本规定第八条至第十二条的垄断协议的。</p> <p>（三）通过其他方式组织其他经营者达成垄断协议。</p> <p><del>本条所称实质性帮助，是指经营者虽未从事前款规定的组织行为，但对垄断协议达成或者实施提供支持，且与排除、限制竞争具有因果关系并且作用显著的行为。</del></p> <p>反垄法第十九条规定的经营者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助，包括提供必要的支持、创造关键性的便利条件，或者其他重要帮助。</p>

就“组织”而言，《禁止垄断协议规定》弱化了对于轴心企业达成轴幅协议主观动机的评估，同时补充兜底条款，体现了该规则适用的灵活性和反垄断执法机构的自由裁量权。就“实质性帮助”而言，《禁止垄断协议规定》弱化了征求意见稿中描述的帮助行为与垄断效果之间的关联性，而是着重描述了企业所提供帮助行为的性质。整体而言，与征求意见稿相比，《禁止垄断协议规定》对于轴幅协议的认定趋于严格，强化了认定轴幅协议的客观事实标准，体现了执法机构对于强化轴幅协议行为监管的态度。

此外，最高人民法院 2022 年 11 月 18 日发布的《关于审理垄断民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（公开征求意见稿）》（“反垄断司法解释草案”）中同样对“组织”和“实质性帮助”进行了定

义<sup>2</sup>。我们注意到，尽管《禁止垄断协议规定》使用的语言与反垄断司法解释草案的语言仍存在较大出入，但与征求意见稿的语言相比，已体现出更高的关联性。例如，《禁止垄断协议规定》关于“组织”行为的兜底条款可能在一定程度上兼容于反垄断司法解释草案的内容，而对于“实质性帮助”的定义则使用了与反垄断司法解释草案中相同的“便利条件”一词。我们理解，上述条款语言的关联性一定程度上体现了反垄断执法机构与司法机关共同协作、推动反垄断执法与司法实践接轨的意图。

### 进一步细化宽大制度适用规则，明确可适用于对垄断协议负有个人责任的人员

《反垄断法》第五十六条规定，对于经营者达成或实施垄断协议的行为负有个人责任的经营者的法定代表人、负有主要责任或直接责任的个人也

<sup>2</sup> 该征求意见稿第二十八条第三款规定：“本条第一款所称组织，是指对垄断协议达成或者实施起到决定性、主导性作用的组建、领导、策划、操纵、指挥、发起等行为。”第四款规定：“本条第二款所称实质性帮助，是指对垄断协议达成或者实施具有直接、重要促进作

用的引导产生违法意图、提供便利条件、充当信息渠道、帮助实施惩罚等行为。”

将受到处罚。经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。前述规则在正式出台的《禁止垄断协议规定》中得到了进一步细化。与征求意见稿相比，《禁止垄断协议规定》第四十七条新增第三款，明确负有个人责任的人员也可适用宽大制度，如成功适用可免

除处罚或者减轻 50%的处罚。同时新增第二款，明确不得适用宽大制度的情形，该规定与此前国务院反垄断委员会出台的《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》中的规定相一致，进一步明确了宽大制度的适用限制，即，对于在垄断协议中起主要作用、存在胁迫行为或妨碍其他经营者停止垄断行为的经营者，不得对其免除处罚。

《禁止垄断协议暂行规定》	《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》	《禁止垄断协议规定》
<p><b>第三十四条</b></p> <p>经营者根据本规定第三十三条提出申请的，反垄断执法机构应当根据经营者主动报告的时间顺序、提供证据的重要程度以及达成、实施垄断协议的有关情况，决定是否减轻或者免除处罚。</p> <p>对于第一个申请者，反垄断执法机构可以免除处罚或者按照不低于百分之八十的幅度减轻罚款；对于第二个申请者，可以<u>按照百分之三十至百分之五十的幅度减轻罚款</u>；对于第三个申请者，可以<u>按照百分之二十至百分之三十的幅度减轻罚款</u>。</p>	<p><b>第四十四条</b></p> <p>经营者根据本规定第三十三条提出申请的，反垄断执法机构应当根据经营者主动报告的时间顺序、提供证据的重要程度以及达成、实施垄断协议的有关情况，决定是否减轻或者免除处罚可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。</p> <p>对于第一个申请者，反垄断执法机构可以免除处罚或者按照不低于百分之八十的幅度减轻罚款；对于第二个申请者，可以<u>按照百分之三十至百分之五十的幅度减轻罚款</u>；对于第三个申请者，可以<u>按照百分之二十至百分之三十的幅度减轻罚款</u>。</p>	<p><b>第四十七条</b></p> <p><del>经营者根据本规定第三十三条提出申请的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。</del>经营者根据本规定第三十七条主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以按照下列幅度减轻或者免除对其处罚：对于第一个申请者，反垄断执法机构可以免除处罚或者按照不低于百分之八十的幅度减轻罚款处罚；对于第二个申请者，可以<u>按照百分之三十至百分之五十的幅度减轻罚款处罚</u>；对于第三个申请者，可以<u>按照百分之二十至百分之三十的幅度减轻罚款处罚</u>。</p> <p>在垄断协议达成中起主要作用，或者胁迫其他经营者参与达成、实施垄断协议，或者妨碍其他经营者停止该违法行为的，反垄断执法机构不得免除对其处罚。</p> <p>负有个人责任的经营者法定代表人、主要负责人和直接责任人员，根据本规定第三十七条主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以对其减轻百分之五十的处罚或者免除处罚。</p>

我们理解，上述新增规定进一步提高了垄断协议宽大制度适用规则的完整性，对于引导企业停止垄断行为、积极主动进行合规管理具有促进作用。一方面，限制免除处罚适用情形的规定体现了反垄断执法机构严惩在垄断协议中起主导作用的经营者的态度，旨在对于意图达成、实施垄断协议行为的经营者产生威慑作用；另一方面，关于个人责任

减免的规定有助于提高企业主要管理人员从事反垄断合规行为的积极性，引导其主动向反垄断执法机构报告可能存在的垄断行为。上述规定相结合，有助于提升企业合规经营的动机，降低执法机构调查企业垄断行为的难度，促进执法效率的提升。

**整体删除经营者集中评估的控制权判断标准，**

## 现有实践做法继续沿用

作为经营者集中评估核心的控制权判断标准在《反垄断法》及相关规定中长期处于缺位状态。尽管《经营者集中审查暂行规定》中存在对于控制权判断考量因素的中性描述，但具有指向性的正面或负面事项判断标准却始终未在法规层面或部门规章条文中得到落实，导致实务中对于控制权的判断经常产生争议，并时常需要借助于申报的事前商谈制度获得一定的指导。

征求意见稿第四条中，曾新增经营者取得控制权情形的正面清单条款，首次将执法实践中被视为经营者取得控制权的典型事项（即，经营者持有其他经营者表决权或类似权益的情况，经营者对其他经营者的高管任免、财务预算、经营计划等经营决策和管理事项的影响）作为控制权判断的首要考量因素，该条款在业内被广泛视为增强经营者集中审查标准确定性的积极信号。但在正式出台的《经营者集中审查规定》中，该条款未得到保留。

《经营者集中审查暂行规定》	《经营者集中审查规定（征求意见稿）》	《经营者集中审查规定》
<p><b>第四条</b></p> <p>判断经营者是否通过交易取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，应当考虑下列因素：</p> <p>（一）交易的目的和未来的计划；</p> <p>（二）交易前后其他经营者的股权结构及其变化；</p> <p>（三）其他经营者股东大会的表决事项及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；</p> <p>（四）其他经营者董事会或者监事会的组成及其表决机制；</p> <p>（五）其他经营者高级管理人员的任免等；</p> <p>（六）其他经营者股东、董事之间的关系，是否存在委托行使投票权、一致行动人等；</p> <p>（七）该经营者与其他经营者是否存在重大商业关系、合作协议等；</p> <p>（八）其他应当考虑的因素。</p>	<p><b>第四条</b></p> <p><b>确定经营者拥有对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，应当考虑经营者直接或间接持有其他经营者的表决权或类似权益的情况，以及对其他经营者高级管理人员任免、财务预算、经营计划等经营决策和管理的影响。</b></p> <p>判断经营者是否通过交易取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，应当考虑下列因素：</p> <p>（一）交易的目的和未来的计划；</p> <p>（二）交易前后其他经营者的股权结构及其变化；</p> <p>（三）其他经营者<b>股东会等权力机构</b>的表决事项及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；</p> <p>（四）其他经营者<b>董事会或者监事会等决策或执行机构</b>的组成及其表决机制；</p> <p>（五）其他经营者高级管理人员的任免等；</p> <p>（六）其他经营者股东、董事之间的关系，是否存在委托行使投票权、一致行动人等；</p> <p>（七）该经营者与其他经营者是否存在重大商业关系、合作协议等；</p> <p>（八）其他应当考虑的因素。</p> <p><b>两个以上经营者均拥有对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响的，构成对其他经营者的共同控制。</b></p>	<p><b>第五条</b></p> <p><b>确定经营者拥有对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，应当考虑经营者直接或间接持有其他经营者的表决权或类似权益的情况，以及对其他经营者高级管理人员任免、财务预算、经营计划等经营决策和管理的影响。</b></p> <p>判断经营者是否取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，应当考虑下列因素：</p> <p>（一）交易的目的和未来的计划；</p> <p>（二）交易前后其他经营者的股权结构及其变化；</p> <p>（三）其他经营者<b>股东（大）会等权力机构</b>的表决事项及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；</p> <p>（四）其他经营者<b>董事会等决策或者执行管理机构</b>的组成及其表决机制，<b>以及其历史出席率和表决情况</b>；</p> <p>（五）其他经营者高级管理人员的任免等；</p> <p>（六）其他经营者<b>股东、董事</b>之间的关系，是否存在委托行使投票权、一致行动人等；</p> <p>（七）该经营者与其他经营者是否存在重大商业关系、合作协议等；</p> <p>（八）其他应当考虑的因素。</p> <p>两个以上经营者均拥有对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响的，构成对其他经营者的共同控制。</p>

我们理解，市场监管总局对该条款的删除可能出于以下两个方面的考虑：一方面，由于商业实践中可能基于具体业务性质存在不同类型的交易安排，可能出现类似的条款在特定交易安排下具有不同含义或作用、从而对控制权判断产生实质性影响

的情况。考虑到这一点，不保留具有指向性的条款，而仅明确中性考量因素的做法能够为执法机构保留足够的自由裁量权和灵活性。另一方面，考虑到构成控制权的典型事项在长久以来的执法实践中实际上已经具有约定俗成的性质，是否将其落实为

规定的具体条文对于多数交易的控制权判断而言可能不会产生实质性影响。

无论其背后的具体原因为何，随着本条正式内容的确定，控制权判断标准缺位的状态仍将持续，因此经营者在实践中判断交易是否构成经营者集中时，仍需充分考虑执法实践以及交易的具体情况，保持审慎的态度对交易进行充分评估。

### **明确处于共同控制下的经营者的营业额分配方式，营业额计算更加清晰**

《经营者集中审查规定》征求意见稿中并未修改原暂行规定中关于参与集中的经营者的营业额计算规则，而正式出台的规定则新增了多个参与集中的经营者共同控制同一经营者时其营业额的分配规则。即，如一项经营者集中的两个或以上参与集中的经营者共同控制其他经营者，则计算各参与集中的经营者的营业额时，应将该其他经营者产生的营业额在有共同控制权的参与集中的经营者之

间平均分配。

实务中，参与集中的经营者之间以及与其他方共同控制的经营者的营业额计算问题，长期以来都是营业额计算中的一个难点问题。虽然市场监管总局的现行实践与新规一致，同时也与国际规则一致，但首次在立法上予以明确规定仍有着非常重要的意义，可以为经营者评估交易是否达到申报标准提供更加清晰的指引。

### **小结**

作为《反垄断法》的配套规定，《禁止垄断协议规定》与《经营者集中审查规定》细化和完善了《反垄断法》中的诸多新增规则，对于经营者适应新法、完善合规经营、参与市场公平竞争具有重要的指引作用。同时，我们也看到反垄断行政执法与司法有效衔接的迹象，期待反垄断执法机构在执法实践中持续探索与优化相关规则，同时期待相关司法解释尽快出台，以“双轨道”方式预防和制止垄断行为。

魏瑛玲 合伙人 电话：86-10-8519 1380 邮箱地址：weiy@junhe.com

巩明芳 合伙人 电话：86-10-8553 7645 邮箱地址：gongmf@junhe.com

姚逍遥 律师 电话：86-10-8540 8650 邮箱地址：yaoxy@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

